P. Bonfante.

essenza della bona fides

Italy

P. BONFANTE

ESSENZA DELLA *BONA FIDES*

E SUO RAPPORTO

COLLA TEORICA DELL' ERRORE

Estratto dal BULLETTINO DELL' ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
(Anno VI — Fascicolo III-IV)

ROMA
TIPOGRAFIA DELLA CAMERA DEI DEPUTATI
1893

ESSENZA DELLA *BONA FIDES*

E SUO RAPPORTO COLLA TEORICA DELL'ERRORE

SOMMARIO.

1. Questioni: Stato etico o stato psicologico (errore). — Concezione positiva o negativa (assenza di mala fede). — Dipendenza o indipendenza dalla scusabilità dell'errore. — Origine della discussione. — Scheurl. — Bruns.

2. Controversia Bruns-Wächter. — Opinione del Wächter: La buona fede è un fatto dello spirito, — il dubbio del possessore non la esclude, purchè non sia tale da escluder la credenza, — l'errore su cui si fonda è *segno di riconoscimento* che la volontà fa difetto (errore improprio del Savigny), e quindi la sua scusabilità non importa: essa concerne solo il titolo putativo.

3. Opinione del Bruns: La buona fede *romana* è un fatto esclusivamente etico, — per conseguenza (Bruns) ci vuole una convinzione assoluta, — e l'errore inescusabile esclude la buona fede.

4. Opinione del Pernice: La buona fede consta tanto dell'elemento etico quanto dell'elemento intellettuale; ma questo prevale assolutamente sull'altro ne' giuristi romani, eccettuato il solo Pomponio, — il dubbio nuoce al possessore, se prodotto da circostanze concrete e dimostrabili, — qual rapporto interceda tra essa e l'errore nel pensiero de' giureconsulti romani allo stato attuale delle fonti non si riesce a stabilire; a ogni modo l'*error iuris* esclude l'usucapione.

5. Mia opinione. — Premessa fondamentale: la *bona fides* è un fatto etico *non alterato dal diritto*, in qualunque rapporto l'assuma. — Conse-

guenze: I. Presupposto di un fatto etico è sempre l'azione (comportamento esteriore) o il pensiero (fatto psicologico): presupposto *normale* della buona fede quanto all'usucapione è solo un fatto psicologico, l'errore. Non è concepibile nè una opposizione de' due momenti, nè una prevalenza mai dell'uno sull'altro. II. La buona fede è misurata dalla coscienza popolare e presso i Romani significava assenza di mala fede. III. La scusabilità dell'errore non importa per la buona fede: solo nell'ulteriore espansione della *bona fides* a detrimento della *iusta causa usucapionis* si afferma la scusabilità dell'errore, ma come requisito indipendente dell'usucapione, non collegato *organicamente* colla buona fede in guisa da fare di questa una categoria esclusivamente giuridica o civile.

6. Dimostrazione della premessa fondamentale e della prima tesi. — Denominazione (*fides, bona fides*) ed espressioni (*fideicommissum, fiducia,* ecc.) significanti un concetto e una norma etica generale: assenza di notizie circa una possibile alterazione giuridica del concetto etico. — Esplicazione essenziale della *bona fides* nella *possessio bonae fidei* in senso proprio. — Espressioni romane: *credere, putare,* ecc. — Critica del Bruns circa l'opposizione dello stato etico e dello stato psicologico. — Critica del Pernice circa la prevalenza dell'ultimo.

7. Dimostrazione della seconda tesi. — Critica del Bruns circa il grado elevato della buona fede romana. — Critica del Pernice circa il soverchio gravame imposto al giudice nel valutare la scienza e coscienza del possessore.

8. Dimostrazione della terza tesi. — Critica del Bruns circa la influenza della scusabilità. — Critica del Wächter circa la separazione tra il titolo putativo e la *bona fides.* — Argomenti per la correlazione storica e logica tra l'esaurimento della *iusta causa possidendi* o *usucapionis* e l'assurgere della *iusta causa erroris* in sua vece, accanto alla *bona fides.*

1. Circa la *bona fides*, indipendentemente dall'ambito e dall'uffizio ch'essa ha nell'usucapione, si agitano le seguenti questioni, che concernono più intimamente l'essenza sua e potrebbero quasi riguardarsi come questioni pregiudiziali: Si dee concepire la buona fede come uno stato etico o come uno stato psicologico, un errore? Si dee concepire positivamente, richiedere cioè una convinzione positiva e assoluta, o negativamente, cioè come una mera assenza di mala fede? E in qual relazione è la buona fede colla dottrina del-

l'errore? o, in altri termini, l'errore inescusabile distrugge la buona fede ovvero non ha alcuna influenza su di essa?

I nostri vecchi giuristi definivano schiettamente la *bona fides* come una falsa credenza, un errore: n'avevano quindi, si direbbe ora, un concetto psicologico tutti quanti. Tale falsa credenza era in generale per essi la *opinio dominii.*

Ma si vide ai nostri giorni che la buona fede non presuppone sempre un errore. Discutono alcuni testi se vi sia nella specie *bona* o *mala fides*, si deve supporre in altri la *bona fides*, e così negli uni come negli altri la specie esclude o pare escluda l'errore, la falsa credenza del possessore. Fu questa più attenta considerazione delle fonti e delle specie possibili che trasse a rigettare il vecchio modo di concepire la buona fede: e parve che non si potesse dar ragione di quei casi e render veramente l'essenza della buona fede, se non considerandola come un uno stato meramente etico. Fu primo lo Scheurl che si mise per questa via [1]. Chi l'ha battuta più a fondo e ha esagerato la nuova tendenza in guisa da produrre nella dottrina un notevole turbamento, inducendo dal concetto etico della *bona fides* le conseguenze più serie circa il grado della buona fede e la sua relazione coll'errore, è stato il Bruns.

2. Intorno al 1870 s'accese tra il Bruns e il Wächter una lunga controversia, originata da un celebre processo [2]. Il caso invero, per quanto il Bruns ne traesse argomento per ripetere l'osservazione che « sovente un solo caso pratico dà modo di penetrare più a fondo collo sguardo in un concetto giuridico che non tutta

[1] In uno scritto *sulla dottrina dell'usucapione*, cui porse occasione l'altro celebre dello Stintzing *sull'essenza della bona fides*. Cfr. SCHEURL *Beiträge sur Bearb. des röm R.* Erl. 1854, § II, pag. 29.

[2] Il Wächter fu chiamato a dar parere sulla causa nel 1869: rese di pubblica ragione questo parere nel 1870. Il Bruns, verso la fine dello stesso anno, ve n'oppose un suo, punto per punto contrario a quello del Wächter. Questi pubblicò allora un più esteso scritto teorico in sostegno della sua opinione: *Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigen'hums.* Leipzig, 1871; e il Bruns alla sua volta rispose anch'egli con uno scritto teorico: *Die bona fides b.i der Ersitzung*, Berlin 1872, cui premise anche il suo parere.

una serie di speculazioni teoriche » non mi par che fosse tanto interessante e caratteristico. Tralasciando però il fatto, riferiamo le opposte dottrine del Wächter e del Bruns circa l'essenza della *bona fides* e il suo rapporto coll'errore.

Circa la nozione specifica della *bona fides*, il Wächter accettava la definizione dello Schirmer e del Windscheid, « credenza di non far torto al proprietario », modificandone, ma non tanto sostanzialmente, la formula. Ma ciò che importa a lui di fissare è che la *bona fides* del possessore poggia sopra una credenza, una opinione, un fatto dello spirito insomma.

In tutte le varie applicazioni della *bona fides* a uno stesso istituto essa è sempre uguale: così la *possessio bonae vel malae fidei* è sempre la stessa, sia relativa all'usucapione, alla *petitio hereditatis*, alla responsabilità negli atti illeciti (ad esempio nel furto). Diversa invece può essere la significazione della *bona fides* ne' diversi istituti. Una convinzione assoluta del proprio diritto nel *bonae fidei possessor* non si richiede; e un qualche dubbio, purchè non sia tale da escludere quella credenza, non significa *mala fides.*

Ma qual è l'influenza che sulla buona fede così concepita può avere l'errore? Il Wächter principia con riassumere la teoria generale dell'errore, dichiarandosi, fuorchè ne' termini, seguace di Savigny. Si distinguono due specie di errore: l'errore ch'è *motivo determinante* a un atto (Bestimmungsgrund) e l'errore ch'è propriamente *segno di riconoscimento*, cioè argomento onde si riconosce che la volontà fa difetto (Erkentnissgrund). La prima categoria corrisponde all'errore proprio di Savigny, la seconda all'errore improprio. Nella prima serie di casi, cioè quando l'errore è motivo determinante, esso non esclude gli effetti che regolarmente dovrebbero derivar dall'atto, se non per espressa disposizione di legge: è un riguardo che la legge usa in alcuni pochi rapporti all'errante. Ma l'errore deve essere a ogni modo un errore scusabile: il che non è ordinariamente dell'errore di diritto. Nella seconda serie di casi invece l'atto è nullo di

per sè, improduttivo di effetti, perchè la volontà, requisito essenziale, manca: l'errore è soltanto indizio che, contrariamente alle apparenze, non si vuole effettivamente. Laonde la scusabilità o inescusabilità dell'errore non importa: l'atto è sempre nullo.

Ora l'errore, che costituisce il sostrato della buona fede, appartiene a questa seconda categoria. Esso è indizio che non si vuole commettere una illecita appropriazione della cosa altrui: esso dimostra che nell'animo del subbietto non v'è *mala fides*, ma *bona fides*. La scusabilità o inescusabilità di esso non muta niente l'esistenza del fatto. Se la legge adunque all'esistenza mera di questo fatto riconnette alcun effetto giuridico, s'ha a guardare solamente se il fatto esista o no. Può bensì il legislatore, perchè il fatto della *bona fides* produca l'effetto, esigere altresì che l'errore sia scusabile; ma non muta il fatto, nè può mutarlo, soltanto lo dichiara insufficiente: la *bona fides* c'è, se non che la sua efficacia è condizionata alla scusabilità dell'errore.

Ma il diritto romano, secondo il Wächter, non ha così disposto circa la *bona fides* del possessore, fatta astrazione della buona fede che integra il titolo (il così detto titolo putativo). S'hanno testi chiarissimi che non solo ammettono la *bona fides* del possessore nel caso di errore inescusabile, ma n'ammettono l'efficacia: escludono il furto, escludono la responsabilità inerente al possessore di mala fede (cf. § 5 I. *De us.* 2, 6; L. 36 D. *De a. r. d.* 41, 1; L. 25 § 6 D. *De h. p.* 5, 3). Dato ciò, è forza inferirne che *la scusabilità o inescusabilità dell'errore costituente la bona fides non impedisce l'usucapione.*

Vero è che alcuni testi generalissimi dicono apertamente che l'errore di diritto non giova all'usucapione (L. 31 pr. D. *De us.* 41, 3; L. 32 § 1 *ibid.*; L. 4 D. *De i. et f. ign.* 22, 6). Ma tal principio è da riferire, dice il Wächter, esclusivamente al titolo putativo nel quale, quando s'ammise, si volle che almeno l'errore fosse un errore di fatto scusabile (cf. L. 11 D. *Pro empt.* 41, 4; L. 5 § 1 D. *Pro*

suo 41, 10; L. 44 § 4 D. *De us. et usuc.* 41, 3 e testi cit.). Quanto alle leggi in cui si dichiara genericamente che l'ignoranza o l'errore di dritto giovano a rimuovere un danno, una perdita, ma non giovano quando si tratta di fare un guadagno (L. 7; L. 8 D. *De i. et f. ign.* 22, 6), anzitutto esse concernono l'errore nel motivo determinante (l'errore proprio), dipoi come ha dimostrato il Savigny (*System III* p. 344 trad. it. Scialoja pag. 444), il criterio enunciato da quelle leggi è da rigettare, perchè falso nella sua generalità, come tanti principî generali espressi dai Romani e come nella stessa materia il principio: *errantis nulla voluntas est.*

3. Da tali idee diverge assolutamente il Bruns. Egli comincia col porre in generale una antitesi tra due concetti della buona fede. La buona fede si può concepire o sotto un punto di vista psicologico, e in tal caso si dice ch'essa è una convinzione, una opinione, una credenza in qualcosa, si riguarda insomma come un fatto dello spirito; ovvero sotto un punto di vista etico, ed essa indica l'onestà, la rettitudine, il comportarsi scrupolosamente da persona dabbene: non si tratta di credere o non credere, ma di coscienza pura, di onoratezza, di moralità.

Ora è permesso al legislatore o, per dirla col Bruns, è *legislativamente possibile* accettare circa la buona fede l'uno a l'altro punto di vista. La legge può stabilire che chiunque riceva un oggetto senza la consapevolezza d'andar contro il diritto, nella credenza adunque che non sussista alcuna offesa al diritto, possa usucapire. Ma può anche dichiarare che venga ammesso a usucapire solo colui che abbia una convinzione onesta, abbia ragioni sufficienti di presumere che l'acquisto è conforme al diritto. Nel primo caso avremmo, secondo il Bruns, un punto di vista psicologico, nel secondo caso un punto di vista etico. Nel primo basta quindi il mero fatto psicologico del credere o non credere, nè s' ha a tener conto della scusabilità dell'errore. Nel secondo si deve determinare, alla stregua di principî etico-giuridici [1], fin dove giungeva il dovere

[1] Nel parere: *etico-giuridico-commerciali.*

di riflettere a tutte le circostanze, epperò a quali condizioni la credenza e l'errore debbono riguardarsi come scusabili. Il punto di vista etico, si vede, dovrebbe implicare una concezione assolutamente positiva della *bona fides*. Ora, soggiunge il Bruns, la legislazione romana ha seguìto nel concetto della *bona fides*, il principio etico. Ciò è manifesto già dalle espressioni stesse: *fides*, *bona fides* indicano concetti altamente morali: in senso etico adoperano la parola Cicerone e tutti gli antichi, e fu solo per effetto del Cristianesimo e del diritto canonico che la parola *fides* prese a significare credenza. Non è « Glaube » la significazione fondamentale di essa, ma « Treue », ed è perciò da schivare la espressione « gute Glaube », che confonde i concetti.

Il Bruns procede indi a dimostrare da un punto di vista più intrinseco e giuridico il suo asserto. E dapprima con una induzione generale. Contrariamente al Wächter egli ritiene la *bona fides* identica in tutti i rapporti giuridici: quindi la *bona fides* contrattuale identica alla *bona fides* nell'usucapione. Ora in tutti i rapporti contrattuali essa è il contrapposto naturale del *dolus* e denota quindi un concetto etico.

Appresso reca una serie di testi concernenti l'usucapione (L. 7 § 6; L. 8 D. *Pro empt.* 41, 4: L. 1 C. *Si vend. pign.* 8, 29 (30); L. 3; 4 *ibid.*; Fr. Vat. 1; L. 5 § 2, 5 D. *De a. et c. tut.* 26, 8), nei quali, per suo avviso, la buona fede non può significar credenza, perchè il compratore acquista effettivamente dal proprietario o da persona autorizzata, mandatario, creditore pignoratizio, tutore. Per contrario altri testi ci significano che si è in buona fede, benchè si sappia di non acquistare dal proprietario (L. 28 D. *De nox, act.* 9, 4; L. 5 pr. D. *Pro der.* 41, 7). Uno special valore poi attribuisce il Bruns ad alcune parole della L. 7 § 2 D. *Pro empt.* 41, 4 « aut scit (servus peculium sibi concessum non esse) *aut scire debet* », all'esame delle quali dedica un intero paragrafo.

Ora posto che la *bona fides* nel diritto romano è concepita

sotto un punto di vista etico, ne segue, secondo il Bruns, che l'errore inescusabile annienta la *bona fides* e perciò impedisce l'usucapione. D'altra parte la tendenza del diritto romano non è già di agevolare l'usucapione, ma di restringerla; il che si deve tener presente nella ricerca e nel giudizio de' suoi principî. Già Gaio (II, 49) aveva detto che rispetto alle cose mobili « non facile procedit ut bonae fidei possessori usucapio contingat », e nondimeno Giustiniano lamenta pur sempre che « miseri rerum domini excludebantur et nullum eis reservabatur auxilium » (L. un. Cod. *De usuc. transf.* 7, 31) e ritiene urgente che le « inhumanae angustiae, » la « compendiosa iactura », i « iura nocentia » dell'usucapione sieno ancor più limitati: financo nelle Novelle ha egli aggiunto nuove limitazioni.

Per combattere le induzioni contrarie che il Wächter ricava dalla teoria dell'errore, il Bruns asserisce fin dal principio del suo scritto che la distinzione del Wächter non si riscontra con quella di Savigny tra errore proprio e improprio, ch'essa non costituisce alcuna antitesi recisa; e ciò gli basta.

4. Quasi intermedia tra le due, benchè più prossima in sostanza alla dottrina del Wächter, è l'opinione del Pernice [1] Come il Wächter, egli si dichiara contrario alla equiparazione della *bona fides* ne' rapporti reali e ne' rapporti obbligatorî; v' avrebbe anzi un'antitesi tra le due specie di buona fede. E circa la *bona fides* ne' rapporti reali egli principia dall'osservare che le fonti non ci rendono alcuna immagine chiara in que' punti che sono precisamente oggetto del nostro esame. Falso è a ogni modo che *fides* non significhi mai credenza (Glaube); assai dubbia la parificazione di *fides* e *bona fides*. Venendo però a indagare se la *bona fides* costituisca una mera convinzione, ovvero accolga in sè anche un elemento morale, egli distingue effettivamente in essa due elementi,

[1] *M. A. Labeo.* Halle 1878, II, pag. 207-230.

la scienza e la moralità, l'elemento intellettuale e l'elemento morale. Riconosce ancora che non è la scienza, la quale impedisca gli effetti giuridici, bensì l'immoralità insita in essa. Ne adduce in prova quei testi, in cui la scienza di vizî nell'atto d'acquisto non è d'ostacolo all'usucapione: ciò avviene, egli asserisce, perchè, nonostante quella scienza, immoralità non c'è nell'apprensione e nella detenzione della cosa. Sono il Fr. Vat 1 e la L. 28 D. *De nox. act.* 9, 4. Altra prova ne trae dalla L. 8 D. *Pro empt.* 41, 1, in cui benchè s'acquisti dal proprietario si dubita della buona fede a causa dello scopo illecito per il quale il negozio s' è concluso, dalla L. 13 § 2 D. *De usurp.* 41,3 e dalla L. 2 § 8 D. *Pro empt.* 41, 4.

Ma dato che la *bona fides* è costituita di due elementi, egli trova naturale che si voglia ricercare quale sia l'elemento originario. E in opposizione al Bechmann egli ritiene che ne' più vecchi giuristi cotesto elemento morale non spicca come un elemento essenziale: che di fronte allo stato reale delle cose l'elemento subbiettivo resta nell'ombra, e dov'essi v' hanno riguardo, tale momento non esprime l'intenzionalità, ma la credenza, cioè non esprime qualcosa di etico, ma qualcosa di intellettuale. Solo in Pomponio noi troviamo per la prima volta fatto risaltare fuor di misura l'elemento subbiettivo. Questa prevalenza dell'elemento intellettuale, questa mira esclusiva alla scienza ne' giuristi romani s'argomenta, secondo il Pernice, dal concetto del *bona fide servire*, che non spira certamente una idea di moralità, dalle numerose volte che la *bona fides* è definita come ignoranza o errore o che l'erronea supposizione è adoperata a significare la buona fede, dalla circostanza infine che nessuno de' vecchi giuristi si esprime in guisa da far risaltare l'immoralità come elemento essenziale.

Sulla questione se alla buona fede si richieda la convinzione positiva del proprio diritto o se basti la mera assenza di una persuasione contraria, cioè, dal punto di vista pratico, se un qualche dubbio sul proprio diritto costituisca mala fede, il Pernice decide che il dubbio nuoce bensì alla buona fede, quindi è di osta-

colo all'usucapione, ma non quello che sia fondato sulla riflessione o circospezione del possessore, bensì un tal dubbio prodotto da circostanze concrete e dimostrabili. Che il dubbio non sia guari indifferente lo si ricava dalla L. 8 § 1 D. *Pro empt.* 41, 4, dalla L. 4 pr. e dalla L. 14 *ibid.*, dalla L. 26 D. *De poss.* 41, 2 e dalla L. 17 C. *De rei vind.* 3, 32. Che debba esser fondato su circostanze concrete e dimostrabili si può indurre dalla L. 30 C. *De r. v.* 8, 44, ma s'induce sovrattutto dall'ordine della prova; poichè la buona fede si presume, l'avversario per escluderla deve ben produrre una circostanza concreta.

Come si vede è in sostanza su questo punto l'opinione del Wächter e del Windscheid ridotta a una forma più determinata.

Circa la relazione dell'errore colla *bona fides*, anzitutto il Pernice rigetta come non romana la dottrina dell'errore scusabile o inescusabile: i Romani distinguono solamente tra errore di fatto ed errore di diritto e non richiamano, a suo avviso, questo concetto a un principio superiore. Ora l'*error iuris* certamente impedisce l'usucapione; ma in che rapporto sia colla *bona fides* nel pensiero de' giureconsulti romani non si riesce a intendere, allo stato delle nostre fonti. Su questo punto adunque non si perviene che a un risultato assolutamente negativo.

5. Quanto a me ciò che in ogni aspetto mi sembra guida sicura a penetrare nell'essenza della *bona fides*, a intendere i testi e dissipare le nebbie per cui s'arriva a disperar di raggiungere la meta e vi s'arriva da uno scrittore come il Pernice, è il pensiero che la buona fede è un concetto etico, assunto dal diritto, ma precisamente un concetto *non alterato punto dal diritto che l'assume*, *non foggiato dalla legge ad arbitrio suo.* È, come io direi, una buona fede *naturalis*, non *civilis*, quella cui la legge si richiama.

Posto ciò, la mia opinione sulle tre questioni proposte è la seguente:

I. La buona fede è un concetto etico, generale e uguale in tutti i rapporti. Il suo presupposto *normale* nella *possessio bonae*

fidei e quindi nell'usucapione è l'errore, cioè un fatto psicologico; raramente l'azione o il comportamento esteriore del subbietto. Quando a ogni modo concorrono e il momento etico e il momento psicologico non è concepibile una prevalenza dell'uno sull'altro, come non è concepibile una prevalenza tra causa ed effetto.

II. La buona fede, pure quanto al grado, è misurata dal senso morale della società, che intende per buona fede la mera assenza di dolo o mala fede, ed è rimessa ne' singoli casi all'apprezzamento del giudice, partecipe e interprete di questo mutevole e indefinibile sentimento. L'ambito maggiore concesso alla buona fede dal diritto potrà crescerne l'importanza e renderne più delicata l'ammissione, ma non significa esaltazione del grado.

III. La scusabilità dell'errore, quando l'errore costituisca il sostrato della buona fede, non può importare, nè importa per diritto romano alla buona fede in sè e per sè considerata. Solo per ispeciali cause e per una speciale evoluzione tale scusabilità venne a costituire un requisito dell'usucapione in alcuni casi; ma il suo rapporto colla buona fede è meramente estrinseco, non organico, nè s'è creata riguardo al possesso *ad usucapionem* una buona fede civile.

6. Se vogliamo prescindere un momento dall'assunzione della *bona fides* nel diritto come elemento di una serie di rapporti giuridici, certo essa rimane tuttavia come un concetto schiettamente etico e sociale, esistente, vale a dire, anche fuor del diritto. Siamo pertanto in uno di quei campi che il diritto e la morale sovrattutto, queste due supreme norme sociali, hanno comune, e di quelli appunto in cui la morale primeggia, perchè lo dominava da sola un tempo e continua sempre a dominarlo tutto, mentre il diritto non l'ha conquistato che in parte. [1] Il nome stesso n'è indice, se pure d'un simile indice vi sarebbe bisogno. La *fides* era pel Romano

[1] Si ricordi per simili passaggi l'istituto del *fidei commissum.*

quello che per noi è l'onore e la virtù — *honor* e *virtus* hanno valore alquanto diverso, più estrinseco e materiale — e significava la più austera osservanza del proprio dovere nelle relazioni co' propri simili: e *bona fides* non è che la romana *fides* coll'aggiunta di uno de' soliti epiteti che non aggiungono propriamente nulla al concetto. Non so come e perchè il Pernice si rifiuti a riconoscere la identità concettuale posta dal Bruns tra *fides* e *bona fides*; e nemmeno mi par si possa negare, benchè il Pernice voglia farlo, che *fides* di per sè non significa mai credenza; nel linguaggio veramente romano, s'intende. Verità e menzogna sono i pensieri fondamentali che richiamano fede e perfidia, ma non credulità e incredulità. « Fides... dictorum conventorumque constantia et veritas » [1]. Se questo chiaro e costante significato della buona fede si può in tal modo perder di vista ragionando sulla parola stessa, ciò mi fa persuaso veramente che il Bruns aveva ragione asserendo che la traduzione tedesca « guter Glaube » confonde le idee. In ciò noi siamo in una condizione ben più favorevole: la nostra parola *fede*, è vero, non ha conservato a gran pezza il significato pregno della romana *fides*: *prestar fede* non è eerto il romano *fidem praestare*: la credenza e anche la credulità hanno in molte frasi e modi di dire preso il posto della verità e dell'onore e quasi invertito la relazione cui si pensa. Ma nondimeno quel senso antico non si è smarrito tutto [2], e specialmente nelle parole affini *perfidia*, *fedele*, *infedele* dura, si può dire, inalterato. La nostra espressione *buona fede*, poi, tanto nella tradizione dei giuristi quanto nel linguaggio popolare, serba quasi l'istessa forza della *bona fides* de' giureconsulti romani.

Ora tal concetto etico non pare ch'abbia subìto alcuna trasformazione nell'essere assunto dal diritto. Nè si parla mai d'una *bona fides civilis* o di un'antitesi tra *bona fides naturalis* e *civilis*, nè

[1] Cic. *Off.* I, 7.

[2] Massime nella lingua poetica e in quella lingua letteraria che subisce di più l'influenza classica. Cfr. tuttavia anche modi comuni di dire della lingua fiorentino-italiana *stare alla fede*, *romper la fede data*, ecc.

vi si aggiunge mai nei vari rapporti giuridici, in cui la *bona fides* entrain campo, alcun requisito che n'alteri il concetto etico e popolare. E se in tutti quanti i rapporti, ne' quali il diritto assume tale elemento morale, non v'ha aggiunto nulla, non ha dato ad esso una forma diversa nè punto sua, è forza inferirne che come unico è il concetto morale così unico venga a ritrovarsi il concetto giuridico, che non è vario da quello.

Se non che, tenendo pur fermo che la *bona fides* è un concetto etico e sociale che il diritto assume senz'altro, serbandone l'essenza inalterata e quindi uguale in tutti i rapporti, certo è che ne' diversi rapporti giuridici l'onesto conportamento significato dalla *bona fides* si deve riferire a un oggetto determinato e diverso. Il dovere astratto e generale di non trar vantaggio del danno altrui deve in ciascun rapporto esplicarsi in qualche dovere concreto e particolare. Ora che cosa importa la *bona fides* nell'usucapione? Essa si riferisce alla presa di possesso della cosa e importa che in ordine a questa presa di possesso l'usucapiente siasi comportato da persona dabbene [1].

Ora anche in ordine alla presa di possesso tale onesto comportamento si può esplicare in modi vari e non sempre facilmente determinabili. Ma nella *bonae fidei possessio* in senso proprio, cioè nell'unica figura di usucapione che sopravviva nel diritto giustinianeo, esso *di regola* ha per suo presupposto che s'ignori un qualche momento di fatto, per cui l'acquisto del possesso viene sostanzialmente a ledere altrui: il quale momento, finchè la *iusta causa* dura inalterata, concerne esclusivamente la proprietà o il diritto di disporre della persona che v'abbandona o abbandona assolutamente il possesso. Posto che, infatti, col possesso si lede effettivamente il diritto di un proprietario, che non si può reputar consenziente, per essere in buona fede conviene assolutamente ignorare questa circostanza, credere anzi tutto il contrario: ignorare che l'alienante non

[1] Dove ciò non è espresso dalla *iusta causa*. Per me la *iusta causa* non ha uffizio diverso e la *bona fides* in qualunque momento non fa veramente che integrarla.

è proprietario e crederlo invece tale, crederlo mandatario e mandatario *leale* del proprietario, ignorare che non era proprietario il derelinquente, ovvero, in un ulteriore allargamento della sfera della *bona fides* a detrimento della *iusta causa*, ignorare che il proprietario apparentemente consenziente non è persona capace o non è capace da sè solo. Si può dire che in tale ipotesi il nostro dovere morale è d'ignorare il vero e quindi supporre il falso. Assenza di una giusta rappresentazione delle cose, sostituzione a quella di una erronea rappresentazione, ecco la condizione del subbietto, s'egli è in buona fede.

Ma tale condizione è uno stato psicologico del subbietto. La buona fede, concetto etico, e, dacchè il diritto l'assume, anche giuridico, implica adunque *di regola*, quanto all'usucapione, uno stato psicologico, un errore del subbietto, più che una sua determinata condotta pratica. Dire che la *bona fides* è un comportarsi da persona dabbene è definirla in generale; a voler dichiararne, potendolo fare, il contenuto specifico non si può prescindere, quanto all'usucapione, dal momento psicologico. E perchè tale è d'ordinario il sostrato della *bona fides*, i Romani usano infinite volte nelle specie singole espressioni tali: *credere*, *putare*, *existimare*, *scire*, *scientia* o *conscientia*, *ignorare*, *nescire*.

Dato ciò, stabilire, come fa il Bruns, una vera opposizione tra due concezioni o due forme della buona fede, l'una etica e l'altra psicologica, tra cui sarebbe anche data facoltà al legislatore di scegliere, mi sembra propriamente un pensiero torbido e infelice. Il Bruns intende la sua buona fede etica come una buona fede più rigida, più elevata, la psicologica come una buona fede più rilassata. Ma non sono entrambi concetti etici? e che cosa è mai questa opposizione se non tra due stati o gradi di un concetto etico, l'uno più rigoroso, l'altro più blando? Forsechè il sostrato psicologico sparisce nel preteso *punto di vista etico*, che non è se non il più alto, il più rigido punto di vista etico? Tutt'altro: anche in questo si

dovrà ben ammettere una credenza, un errore nella mente del subbietto: anzi, naturalmente, la credenza è più sicura, l'errore più saldo; avremo un più elevato grado di convinzione, perchè appunto dee corrispondere a un grado etico più elevato. Si può fare adunque, almeno in astratto, la distinzione di grado che vuole il Bruns; ma i *termini* usati da lui per significarla sono assolutamente infelici e pericolosi nel ragionamento. Entrambi i gradi sono etici: entrambi sono determinati di regola da uno stato psicologico rispondente allo stesso grado.

Pure è sulla base di questo equivoco di termini che il Bruns ragiona per dimostrare che i Romani han conosciuto e accolto la sua buona fede etica. *Fides* è un concetto etico: la *bona fides* è opposta al *dolus*, concetto etico anch'esso. Poichè non si nega che la buona fede sia, in qualunque modo, un concetto etico, tali argomenti cadono da sè: a mostrare colla stessa misura romana — se pure c'è bisogno di ricorrere ai Romani — che nell'usucapione il concetto etico ha base psicologica, basta ricordare che nelle singole specie l'essere o il non essere in buona fede quanto all'usucapione si esprime quasi costantemente con ignorare o sapere, credere o dubitare.

Ma veramente il Bruns reca a sostegno della sua tesi anche specie singole, in cui, per suo avviso, la buona fede non può significar credenza, perchè il compratore acquista realmente dal proprietario o da persona autorizzata e nondimeno è in mala fede. Sono la L. 7 § 6 D. *Pro empt.* 41, 4, la L. 1 Cod. *Si vend. pign.* 8, 29 (30); L. 3, 4 ibid; Fr. Vat. 1; L. 5 § 2, 5 D. *De auct. et cons. tut.* 26, 8.

Ora nel primo testo Giuliano fa il caso di un mandatario che vende per trenta ciò che avrebbe potuto vendere per cento, e precisamente per far dispetto e danno al suo principale « in hoc solum ut te damno adficeret »; ebbene, soggiunge, se il compratore lo *ignora*, egli usucapisce, non v'ha dubbio: « *ignorante emptore,* dubitari non oportet, quin emptor longo tempore capiat;

nam et cum sciens alienum fundum vendidit ignoranti, non interpellatur longa possessio ». Il contrario avviene se il compratore ha colluso invece col mandatario per comperare a basso prezzo. « Quod si emptor cum procuratore collusit et eum praemio corrupit quo vilius mercaretur non intelligetur bonae fidei emptor nec longo tempore capiet; et si adversus petentem dominum uti coeperit exceptione rei voluntate eius venditae, replicationem doli utilem futuram ».

• Le leggi del Codice trattano di un creditore pignoratizio che ha venduto il fondo pignorato « dolo malo » (L. 1) o « contra bonam fidem » (L. 4), o ha venduto per soli venti aurei degli schiavi che valevano ben più allo scopo di favorire in modo illecito il compratore « per gratiam » (L. 3), e si dice che il debitore può ripetere i danni interessi dal creditore pignoratizio, e laddove questi non sia solvibile, ridomandar la cosa al compratore, restituendo però il prezzo (L. 3: iubebit (praeses) emptores recepto pretio restituere servos). Non solo non si fa motto di usucapione, ma nemmeno si discute circa la buona fede del compratore, salvo nella L. 4, in cui si aggiunge che è tenuto per i danni anch'esso, se ha partecipato alla frode « si fraudem eum participasse cum creditore potueris docere ».

Il Fr. Vat. 1 è un celebre frammento, che ci offre la questione agitantesi tra gli antichi giureconsulti sulla compera di *res mancipi* dalla donna conchiusa scientemente senza l'*auctoritas* del tutore o coll'*auctoritas* di un falso tutore. I *veteres* non la giudicavano una compera di buona fede; e così ritennero anche Sabino e Cassio: Labeone dichiarò che il compratore possedeva *pro possessore*; Proculo e Celso ammisero il possesso *pro emptore*, ma non della cosa, bensì della *possessio* che la donna poteva alienare senza l'*auctoritas* del tutore: l'effetto pratico era di permettere al compratore l'acquisto de' frutti. Finalmente Giuliano, in base a una *constitutio Rutiliana*, riconobbe l'usucapione, se il compratore avesse pagato il prezzo, con questo però che la donna poteva sempre interrompere l'usucapione, offrendo la restituzione del prezzo.

Finalmente nella L. 5 § 2; 5 *De auct. et cons. tut.* si dice semplicemente che il tutore, comperando cosa del pupillo da un contutore o dal creditore pignoratizio deve comperare in buona fede.

Ma in tutte coteste ipotesi non ci allontaniamo nemmeno dal presupposto normale dell'usucapione. Il compratore *non crede* già che il mandatario abbia mandato di tradire il suo principale e lasciarsi corrompere, che il *ius distrahendi* del creditore pignoratizio si estenda sino a vendere « dolo malo », a vendere prima della scadenza o favorire illecitamente alcuno, *non crede* già che la donna (nel diritto antico) o il pupillo possano alienare senza l'*auctoritas* del tutore o che un tutore falso possa rendere indifferentemente lo stesso servizio. Egli vede e sa che tali persone non dispongono della cosa a quel modo che la legge civile e le leggi sociali, imperanti anch'esse largamente in simili rapporti, fanno loro un dovere; e questa sua *scienza* lo costituisce appunto in mala fede. Così le fonti si esprimono, rilevando anche o lasciando presumere naturalmente che in caso d'*ignoranza*, il compratore è in buona fede.

Senza dubbio in alcuna di queste ipotesi — ed è ciò che forse ha traviato il Bruns — presupposto della *bona fides*, oltre allo stato psicologico, può essere anche un certo contegno esteriore, una certa assenza d'immoralità in atti. Il compratore non deve cercar di corrompere il mandatario, per aver la cosa a più basso prezzo; non deve ingraziarsi dolosamente il creditore pignoratizio, per indurlo a dargli quasi in regalo il pegno, nell'alienazione del quale il creditore funge in sostanza da procuratore anch'egli; il tutore non deve mettersi d'accordo col suo contutore o col creditore pignoratizio, ai danni del pupillo. Finalmente quando l'affievolirsi della tutela muliebre rese anche possibile che, in seguito al pagamento del prezzo, l'usucapione corresse anche per la cosa comperata scientemente dalla donna *sine tutoris auctoritate*, il compratore non dovrà mai, durante il periodo dell'usucapione, fare in guisa da sottrarsi alla eventuale restitu-

zione del prezzo da parte della donna; in questo caso anzi la buona fede consisterà in un contegno esteriore, che si dovrà serbare per tutto il decorso dell'usucapione. Ma anche tutto ciò, che cosa vale? Non si nega già che presupposto della *bona fides* possa essere anche un dato contegno in atti; anzi, gli era in questo senso che nel diritto classico l'*in bonis* poteva costituire una *possessio bonae fidei*. Questo solo si vuole asserire che la *bona fides* non può fare a meno d'un presupposto qualsiasi, in atto o in pensieri: e che, anche, il presupposto normale, quello che spicca e quindi si ricorda di più, quello per cui la *possessio bonae fidei* si restrinse già nel diritto classico a significar più propriamente l'acquisto *non a domino*, è un anormale stato psicologico, un errore.

Anche altri testi reca il Bruns, in cui, per contrario, *si sa* di acquistare dal non proprietario e nondimeno si è in buona fede. Sono la L. 28 D. *De nox. act.* 9, 4 e la L. 5 pr. D. *Pro der.* 40, 7. Ma anche questi due celebri frammenti non esprimono se non ipotesi in cui il presupposto della *bona fides* non è l'errore, ma il contegno leale esteriormente del possessore. Ci avviciniamo all'ipotesi del Fr. Vat. 1; difatti anche ne' frammenti in questione tal contegno si dovrà serbare per tutto il decorso dell'usucapione; se il vero proprietario offre la *litis aestimatio* a colui che ha ricevuto scientemente la *noxae deditio* da chi era soltanto possessore di buona fede, se il marito donante offre la restituzione del prezzo e colui che ha comperato dalla moglie donataria, il compratore non può sottrarsi a ricevere e l'usucapione cessa. Ciò non è espresso veramente per la ipotesi della L. 5 D. *Pro der.*, ma a me par certo che si debba sottintendere.

Mutate le parti, lo stesso ragionamento si può ripetere contro la prevalenza dell'elemento psicologico sull'etico ammessa dal Pernice. Tra i due momenti ci potrà essere un rapporto di equilibrio, non mai di prevalenza, e comunque cresca l'uno anche l'altro ne sarà esaltato. Non so poi come il Pernice stesso concili nel suo pen-

siero tale asserta prevalenza dell'elemento psicologico coll'altra sua giustissima asserzione che non è la scienza la quale impedisce gli effetti giuridici, bensì l'immoralità insita in essa.

E, in concreto, di quali argomenti fa uso il Pernice per dimostrare che gli antichi giureconsulti davano un maggior peso all'elemento psicologico? Di fronte allo stato reale delle cose, egli osserva, l'elemento subbiettivo resta nell'ombra. Il Pernice si riferisce a quei casi in cui nonostante la stima che s'ha d'un vizio, l'usucapione corre, perchè tale credenza è falsa: *falsa existimatio non nocet; plus est in re* ecc. Ma che vuol dir ciò? Dove non è lesione reale, nè all'etica nè alla psicologia si guarda: se non si considera la mala fede di pura immaginazione gli è perchè la *bona fides* deve sostituire elementi manchevoli nella *iusta causa* [1]. Pomponio che ha riguardo anco alla *falsa existimatio* di vizî inesistenti [2] non è che per il primo esalti l'elemento subbiettivo o etico sopra l'elemento psicologico; forsechè l'elemento psicologico non è subbiettivo anch'esso? Pomponio concede all'uno e all'altro, alla buona fede insomma, una sfera più larga, ne accresce l'ambito: il che corrisponde all'esaurimento della *iusta causa*, cui propendeva lo stesso giureconsulto.

Ma la *bona fides* è definita o spiegata infinite volte come ignoranza o errore! È fors'altro, di regola, il presupposto della *bona fides?* E qual meraviglia che la s'indichi dallo stato, dal momento specifico ch'essa presuppone? Ma l'errore del subbietto ingenera uno stato etico di esso. E anché là dove l'etica sembra esulare, dove la buona fede pare un concetto strano a noi moderni, cioè nel *bona fide servire*, dobbiamo riportarci alle condizioni peculiari della società romana. Schiavi simulati, persone libere che si lasciano ven-

[1] Che non è un negozio d'acquisto precedente, come ritiene anco il Pernice (II, pag. 181), ma un rapporto coll'antico possessore ch'esprime o dovrebbe esprimere l'assenza di lesione altrui. Non v'ha forse che il legato tra i titoli dell'usucapione, che potrebb'essere insieme anche modo d'acquisto. Ma ciò non importa, perchè a questo aspetto non si guarda: per me la *iusta causa* più netta e spiccata è quella che confonde tutte le altre teorie: la *derelictio*.

[2] Nella L. 32 § 1 D. *De us.* 41, 3.

dere dolosamente e son d'accordo col venditore non erano spettacolo raro, se si dovette ovviare a simili turpitudini con gravi misure legislative.

L'immoralità non è mai fatta risaltare come l'elemento essenziale! Ma che cos'altro significa *bona fides?* che cos'altro significa *dolus*, la schietta antitesi sua? L'immoralità è insita nel concetto generico della *bona fides*, il cui contenuto specifico nell'usucapione è normalmente l'errore; e dove è più ferma credenza, errore meno evitabile, ivi è anche maggior moralità e maggiore onestà.

7. E veniamo alla seconda questione: qual è il grado della buona fede? si dee concepire positivamente ovvero negativamente come mera assenza di mala fede? Io mi richiamo anche su questo punto al pensiero fondamentale: la buona fede è un momento offerto dall'etica sociale e non alterato dal diritto che l'assume. Essa è quindi la buona fede normale, umana, misurata alla pratica giornaliera della vita, al senso morale della società e rimessa di volta in volta all'apprezzamento del giudice, partecipe e interprete di questo sentimento. Ora nella società romana come nella nostra essa non significa se non la mera assenza di dolo o mala fede; dunque, la falsa credenza, che n'è il sostrato, dev'esser una credenza media e tale che di regola può bastar la mera ignoranza. È questa l'opinione più blanda e ritenuta dai più; salvo che, per non aver sempre chiaro innanzi il pensiero fondamentale, è intesa con qualche incertezza, che io mi proverò di dissipare.

L'opinione più assoluta è rappresentata principalmente dal Bruns. Tutta la sua battaglia sulla buona fede etica e la buona fede psicologica, tutto lo sforzo per dimostrare che il concetto romano è la buona fede etica, tende appunto a stabilire che i Romani esigono il più alto grado della buona fede, la convinzione più assoluta. Ma poichè, come si vede, l'antitesi posta dal Bruns cela un equivoco essenziale di termini, dato che la buona fede sia un concetto etico — che non può esser altro — non ne segue che sia un concetto etico

rigorosissimo e misurato a una stregua superiore alla normale. Laonde io m'occuperò solo di alcuni argomenti, che sono piuttosto argomenti a favore della nostra tesi [1].

Il Bruns vuol giovarsi pel suo asserto anche della *bona fides* contrattuale e reca una serie di testi a dimostrare che la *bona fides* è il contrapposto naturale del *dolus.* Ora io non so che cosa trattenesse il Wächter e trattenga ora il Pernice dall'ammetter l'identità generale della *bona fides* in tutti i rapporti. Forse il Wächter era troppo preoccupato dalle differenze specifiche derivanti dalla diversa applicazione del concetto e non ebbe freddezza sufficiente per riflettere che questa natura non solo si doveva ammettere, ma doveva naturalmente riuscire contro la tesi del Bruns. Non si nega che la buona fede sia un concetto etico: si tratta di provare ch'è un concetto etico rigorosissimo: ora appunto perchè la *bona fides* è posta sempre in antitesi al *dolus*, tutti i testi citati dal Bruns provano addirittura il contrario. Alcuni poi sono vivamente caratteristici: perchè se vi si parla di *negligentia* o *culpa*, il contrapposto è *diligentia*, non mai *bona fides;* anzi, e ciò val come controprova, si dichiara più volte che si deve *più* della *bona fides* o che non si deve *niente più di essa* [2]. E se in un celebre frammento di Celso [3] si parla di *fides* (« nec enim *salva fide* minorem quam in suis

[1] Lascio da parte l'argomento generale che il Bruns vorrebbe trarre dalla tendenza del diritto romano a restringere più che a facilitare l'usucapione. Veramente per tale tendenza il Bruns fa richiamo a Giustiniano: il che (sia detto con tutta la reverenza dovuta alla mente e alla memoria del Bruns) si chiamerebbe svegliarsi un po' tardi. Io riconosco nondimeno un tale spirito nell'ultima giurisprudenza; ma esso non ha condotto a immaginare una buona fede diversa da quello ch'ell'è nella vita sociale.

[2] Cf. Proculus L. 68, pr. D. *De contr. empt.* 18, 1: " existimo te in exigendo *non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere,* id est non solum ut a te *dolus malus absit, sed etiam ut culpa* ". Paul. L. 4 D. *De eo qui pro tut.* 27, 5 " eandem *fidem et diligentiam* praestat (il protutore), quam tutor praestaret ". PAULI *Sent.*, I, 4, 1: " *et bonam fidem et exactam diligentiam...* praestare debet (il *negotiorum gestor*) ". Ulp., L. 10 pr. D. *Mand.* 17, 1: « *nihil — amplius quam bonam fidem* praestare oportet eum qui procurat ".

[3] L. 32 D. *Dep.* 16, 3.

rebus ecc. ») in contrapposto a un caso di *culpa lata* — la cosidetta colpa in concreto — gli è appunto perchè in quel testo s'osserva e si dichiara principio verissimo « latiorem culpam dolum esse ».

Due soli testi veramente parrebbero dover dare un poco di pensiero per la tesi qui sostenuta. Sono: la L. 8 D. *Pro empt.* 41, 4 di Giuliano e la L. 32 § 1 D. *De us.* 41, 3 di Pomponio.

Nel primo Giuliano fa il caso di alcuno che comperi degli schiavi da un tale, di cui sa che dissiperà subito il denaro « cum *sciret* venditorem pecuniam statim consumpturum ». È un compratore di buona fede? Malgrado quella circostanza, a lui non ignota, si riteneva comunemente di sì, ed è questa, dice Giuliano, l'opinione più giusta. *Quomodo enim mala fide emisse videtur qui a domino emit?* Ma soggiunge subito: *nisi forte et is qui a luxurioso et protinus scorto daturo pecuniam servos emit non usucapiet.*

Certo qui la discussione è tutta sul valore etico dell'atto; ma appunto perciò non ha che fare col *grado* della buona fede e della credenza che n'è il sostrato, bensì coll'*ambito* della buona fede istessa. Non si tratta di stabilire fino a qual segno corra il debito di ricercare e di sapere; il punto in questione è se *ciò che si sa* esclude la buona fede. E si suppone che il compratore sappia benissimo che l'altro, da cui acquista, dissiperà tosto il danaro o ne farà dono a una bagascia: s'egli ne potesse aver soltanto un qualche vago sospetto, perchè lo stimi un po' scialacquatore e donnaiolo, non sarebbe in mala fede. Il punto in questione è adunque un altro: si dee reputare che non compia una lesione, che non tragga vantaggio del danno altrui chi contrae da un uomo in condizioni di spirito così anormali — si sa quale stima e anche qual posizione giuridica era fatta ai prodighi in diritto romano —, si dee reputare che non offenda la morale sociale, i *boni mores*, chi porge aiuto scientemente a una immoralità?

Nell'altro testo Pomponio fa il caso d'alcuno che creda falsamente che la legge gli vieti d'usucapire e decide che realmente

l'usucapione non corre a suo favore. Su questo frammento, assai celebre e vessato, torneremo a proposito dell'influenza dell'errore. Per ora esso c'interessa per uno de' motivi alternativamente dati alla soluzione « *vel quia non bona fide videatur possidere.* » L'opinione di Pomponio è isolata nelle fonti: di regola la falsa credenza d'un vizio inesistente non nuoce nè per l'usucapione nè per l'acquisto immediato, l'*existimatio* cede alla *substantia.* Nondimeno Pomponio anche altrove concede una simile efficacia all'elemento subbiettivo, sia pure in contraddizione colla realtà. Ma significa ciò che n'esalti il grado? Egli non fa che allargarne la sfera e il dominio, richiedendola anche là dove lesione reale non si commette. Senza dubbio ciò cresce d'assai l'importanza della buona fede e indica una evoluzione — in questo aspetto eccessiva — corrispondente a una involuzione della *iusta causa*; senza dubbio ciò ne renderà pure l'ammissione più difficile e l'indagine più delicata: ma l'essenza e la misura di essa non ne son tocche affatto.

Infine contro l'opinione del Bruns sono pure i testi, che esamineremo più sotto, in cui la *bona fides* è riconosciuta, nonostante che s'incorra in errori abbastanza inescusabili, e persino nell'errore inescusabile tipico, l'errore di dritto.

È chiaro a quali conseguenze conduca questa dottrina dal lato pratico, cioè rispetto ai dubbi che il possessore può nudrire circa il proprio diritto. Io esprimerei questa influenza con una formula leggermente diversa da quella del Windscheid e del Wächter e che può anche parere una curiosa *petitio principii:* il dubbio per nuocere dev'esser tale da escludere nella coscienza comune la buona fede. Insomma siamo sempre lì: misura è la coscienza comune, interprete il giudice. Nè credo che a questa semplice risposta si possa fare il rimprovero che il Pernice muove al Windscheid e al Wächter che all'arbitrio giudiziale viene imposto un peso ch'esso non potrà facilmente sostenere. Oh, se si chiami un Chinese a giudicare in Italia o si risusciti un caldeo, può essere; ma giudicare

nella società in cui vive, alla stregua di sentimenti sociali ch'egli stesso partecipa, è la cosa più semplice pel magistrato. Ciò che può essere delicato e difficile è rilevar le circostanze di fatto donde il dubbio può nascere; ma è questo un peso - e al Pernice non isfugge - che incombe più all'altra parte che al magistrato. A ogni modo, grave o leggero che sia tal peso a sopportare, la legge l'ha imposto al magistrato, assumendo la *bona fides* nel diritto, nè alcuno glie lo può tôrre. Potrà errare: ma che vuol dir ciò? Chi ha mai preteso un giudice infallibile? Ma si può esser, ripeto, sicuri che il giudice sarà in fondo meno fallibile nel decidere della *bona* o *mala fides* che non dell'esistenza di tanti altri fatti giuridici.

8. Alla questione ora trattata sulla concezione positiva o negativa e sul grado della buona fede si suol ricollegare anche l'altra del suo rapporto coll'errore, cioè colla scusabilità di esso. Io credo che il vedere una tal colleganza sia un'illusione, non rara in queste materie sottili, e per me non l'ammetto: perchè, qualunque opinione si accettasse circa il grado della *bona fides*, a me non pare che logicamente la scusabilità o inescusabilità dell'errore debba avere su di essa alcuna influenza: dato sempre - tutto si richiama a quel pensiero fondamentale - che la buona fede è un fatto sociale ed etico *non alterato dal diritto*. Che cosa è infatti della *bona fides* (e sia pure il grado più alto e squisito di buona fede, il sentimento più saldo del proprio diritto), quando essa abbia per base un errore inescusabile, un errore di diritto, ad esempio? Si dirà forse che quell'assoluta convinzione non si può ammettere in caso di errore inescusabile, che la buona fede, insomma, non esiste? Ma allora si confonde la scusabilità dell'errore colla probabilità della sua esistenza: due cose che procedono, è vero, di pari passo in generale, ma che a ogni modo sono due cose e niente vieta che alle volte si separino. Ovvero si dirà che la buona fede diventa mala fede in quanto è trattata come tale, se l'errore su cui si fonda è inescusabile? Diventa, per chi? Per il diritto. Ma allora il diritto ha una buona fede con pre-

supposti suoi speciali, la buona fede giuridica non è identica alla buona fede etica.

Come si vede, io sono in generale dell'opinione del Wächter: l'errore ch'è presupposto della buona fede è un errore improprio, segno di riconoscimento che la volontà (nel caso, la volontà di ledere altrui) non esiste e quindi le conseguenze non derivano dall'errore, ma dall'assenza di volontà. E niente mostra meglio l'inanità dell'opinione avversaria come la confusione in cui s'aggira il suo più illustre e gagliardo fautore, il Bruns, nella critica che egli muove su questo punto al Wächter. Abbiamo visto ch'egli obbietta al Wächter come la sua distinzione (errore ch'è motivo determinante ed errore ch'è segno di riconoscimento) non si riscontri con quella del Savigny tra errore proprio e improprio. Ma per qual motivo? Il Bruns non lo dice: egli non fa che porla a riscontro con quella del Savigny, spiegando che questa significa errore in un fatto per sè efficace ed errore in un fatto già inefficace [1]. Sembra ch'egli sia stato indotto ad asserire una tal divergenza puramente da una visione assai torbida e da una falsa analisi dei concetti e dei rapporti: alla quale è proprio peccato che una mente come il Bruns siasi fermata. Ciò rilevo dalla critica ch'egli fa alla distinzione del Wächter, indipendentemente dalla sua pretesa discordanza con Savigny, di cui l'accusa: « I concetti, motivo determinante e segno di riconoscimento, non costituiscono alcuna antitesi recisa e nella maggior parte degli atti possono essere adoperati l'uno accanto all'altro. Se, ad esempio, il compratore erroneamente crede il venditore proprietario della cosa, cotesto errore è per lui motivo determinante, in quanto senza tale errore non avrebbe comperato da quel venditore, ma è segno di riconoscimento, in quanto per esso è chiaro ch'egli non ha voluto commettere alcuna ingiustizia » [2]. Ora tale critica è veramente meravigliosa e presta essa stessa l'arme a ribatterla. Non

[1] Bruns, *Bona fides*, pag. 72-73.
[2] Bruns, l. c.

v'ha niente di strano che un errore sia motivo determinante e segno di riconoscimento insieme, *quando si riferisca a due diversi momenti di un fatto*, che sono pel diritto come due diversi fatti giuridici. Nell'esempio addotto dal Bruns l'errore è, precisamente, errore nel motivo determinante rispetto al negozio giuridico, che s'è voluto e concluso, ed altrimenti non si sarebbe per avventura voluto e concluso; è segno di riconoscimento rispetto all'atto illecito, che non s'è voluto e quindi non s'è commesso. La *volontà di compiere il negozio giuridico c'è stata* e, poichè non fa difetto alcun altro requisito, c'è stato il negozio: l'errore è nel motivo ed è l'errore proprio del Savigny. La *volontà di compiere una illecita appropriazione non c'è stata* e quindi non c'è l'atto illecito, la *mala fides*, il dolo, dal momento che manca un requisito essenziale: nè lo Stato potrebbe ammettere le conseguenze degli atti illeciti, a meno che la legge non cancelli dagli atti illeciti in genere o da alcuni il requisito della volontà. Non è questo l'errore in fatti inefficaci di per sè, invalidi per difetto di volontà, non è l'errore improprio del Savigny?

La critica adunque che il Bruns muove al Wächter, oltre all'essere falsa in sè e frutto d'una confusione, dovrebbe esser mossa anche contro il Savigny; appunto perchè veramente il Wächter non ha fatto che assumere di peso la teoria del Savigny, mutandone i termini. Anzi nemmeno i termini; perchè son di conio savigniano anch'essi e ricavati appunto dalle definizioni che dà il Savigny dell'uno e dell'altro errore. Errore proprio, dice il Savigny è « l'errore nel motivo determinante della dichiarazione di volontà »; [1] errore improprio « l'errore da cui riconosciamo che la volontà che dovrebbesi desumere dalla dichiarazione in realtà non esiste ». [2] E finalmente anch'egli, come il Wächter, dichiara che la *bona fides* è un fatto, alla cui esistenza la scusabilità o inescusabilità dell'errore è indifferente, appunto perchè trattasi di errore improprio [3].

[1] SAVIGNY, *System*, fr. III, fr. 112 (trad. it., Scialoja, pag. 138).
[2] SAVIGNY, *System*, III, p. 264 (trad. it., Scialoja, pag. 352).
[3] SAVIGNY, *ibid.* App. VIII, n. XV e n. XXII.

Straordinaria è poi l'accusa, che, dopo una siffatta critica, muove il Bruns alla teoria del Wächter. Dopo aver dichiarato che i due modi di considerar l'errore debbono condurre a opposti risultati (e s'è visto se son due modi di considerare l'errore e se il Savigny e il Wächter giungono a opposti risultati!) soggiunge: « Una cosa viene in acconcio di notare a questo punto, come sia inammissibile da concetti così astrattamente costruiti, come quelli dell'errore proprio e improprio, ricavare per via di deduzione *a priori* il contenuto di un concetto così positivo come quello della *bona fides*. Un ragionamento qual è quello del Wächter: « si deve pertanto riconoscere ch'egli voleva cosa conforme a giustizia, ch'egli credeva d'esser nel suo diritto, che adunque esiste il fatto della *bona fides*, » è una mera *petitio principii*, la quale presuppone come stabilito il concetto nella *bona fides* ch'è a dimostrare [1]. »

Dedurre dai concetti relativi all'errore il concetto della *bona fides?* Chi può aver sognato questo? Per aver un senso quelle strane parole si dovrebbero intendere « dedurre dai concetti relativi allo errore, dalla dottrina dell'errore, in una parola, l'applicazione che alla *bona fides* debbono avere i principii circa la scusabilità o inescusabilità di esso. » Ma allora che cosa di più ragionevole e di più logico? Si vede però che il Bruns è preoccupato dell'idea che il requisito della scusabilità dell'errore sia inerente al concetto della *bona fides* (il quale non si sa perchè deve esser di tanto più positivo che quello dell'errore) e altrimenti non si possa aver *bona fides;* e in tal caso non è punto il Wächter, ma lo stesso Bruns che s'aggira inconsapevole in una *petitio principii*. Il Wächter ha ben dimostrato, prima di concludere per l'indifferenza dei principii circa la scusabilità, che la *bona fides* ha per base un errore improprio, un errore ch'è segno di riconoscimento: il Bruns non si cura di provare che trattasi, al contrario, di errore proprio, che quindi quei

[1] BRUNS, *Bona fides*, p. 73-74.

principii v' hanno applicazione: ha detto semplicemente, con quanta ragione s'è visto, che la teoria del Wächter è falsa e non coincide con quella del Savigny e, abbandonate quindi le pericolose astrazioni dell'errore, dalle quali per suo avviso, non si può concluder nulla, applica la scusabilità dell'errore alla *bona fides*. Ahimè! costruire sulla base di concetti astratti è pericoloso, ma edificare sul nulla e dal nulla Dio solo lo può.

Concludendo, ripetiamo: se il diritto romano non ha costruito una buona fede giuridica o civile, non può essere logicamente in niun modo che l'errore inescusabile annienti la buona fede. Ora io ho tentato dimostrare in generale che il diritto romano non ha fatto che assumere la *bona fides* etica e sociale, senza alterarne punto il carattere e i presupposti; ed ho riprovāto questa tesi in ciascuna delle questioni positive precedentemente trattate. L'ultima riprova ne sarà precisamente fornita dalla trattazione dell'ultima questione. Passiamo con ciò a dimostrare come i romani stessi abbiano riconosciuto codesto niun rapporto della *bona fides* coi principii della scusabilità o inescusabilità dell'errore.

Non abbiamo testi circa la *bona fides* ne' rapporti contrattuali; e non credo che nessuno abbia mai pensato ad escluderla in caso d'ignoranza inescusabile. L'ignoranza del diritto potrà essere una gravissima colpa, ma un fatto doloso non lo crederei. Certo, a ogni modo, il silenzio dalle fonti sarebbe strano assai qualora i principii circa la scusabilità o inescusabilità dell'errore si dovessero applicare alla *bona fides* e al *dolus*.

Ma n'abbiamo di testi in riguardo ad alcuni altri rapporti ancor più analoghi al rapporto del possessore *ad usucapionem*. Anzitutto i seguenti sul furto: Gaio II, 50; § 4, 5, I. *De us.* II, 6; L. 36 § 1, D. *De us.* 41, 3; i quali si possono in sostanza riguardare come un solo, perchè il testo delle Istituzioni di Giustiniano è ricalcato su Gaio e il testo delle Pandette è tratto dalle *Res cottidianae* dello stesso Gaio. Si fa il caso di un usufruttuario, che aliena il parto della

schiava « credens suum esse; » errore inescusabile tipico, error di dritto: cionondimeno l'usufruttuario non commette furto, perchè non c'è *mala fides* in lui.

Più interessante, perchè la questione vi è trattata *ex professo* e perchè il rapporto è precisamente la *bonae fidei* o *malae fidei possessio*, soltanto per altri suoi effetti, è il testo relativo alla *hereditatis petitio*, la L. 25 § 6 D. *De her. pet.* 5, 3 di Ulpiano.

« Scire ad se non pertinere utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is qui in iure erravit? Putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat; vel cum alius praecederet adgnatus sibi potius deferri. Et non puto hunc esse praedonem qui dolo caret, *quamvis in iure erret.* »

Per liberarsi da questi testi il Bruns trascorre ad ammettere un diverso concetto della *bona fides* non solo rispetto al furto, ma anche rispetto alla *petitio hereditatis:* lui che ha richiamato a uno stesso concetto, e giustamente, la *bona fides* in tutti i rapporti giuridici. Nè basta: poichè nel § 4 delle Istituzioni, Giustiniano ha aggiunto al testo di Gaio l'inciso « bona fide tamquam suam alienaverit » egli vorrebbe non estendere quel « *bona fide* » così aperto alla vendita del parto compiuta dall'usufruttuario, ma limitare l'inciso alla prima ipotesi, la vendita di cosa commodata o locata fatta dall'erede.

In materia d'usucapione noi non abbiamo alcun testo relativamente all'influenza della scusabilità dell'errore nella *bona fides* in sè. Abbiamo però effettivamente una serie di testi — e da questi nasce poi tutta la disputa — i quali non riconoscono l'usucapione in caso di errore inescusabile, di errore di diritto. Sono i seguenti:

L. 4 D. *De iuris et f. ign.* 22. 6 Pomponius l. III *ad Sab.* Iuris ignorantiam in usucapione negatur prodesse; facti vero ignorantiam prodesse constat.

L. 31 pr. D. *De us. et usuc.* 41, 3 Paulus (o meglio Pomponius) l. XXXII *ad Sab.* Nunquam in usucapionibus iuris error possi-

denti prodest: et ideo Proculus ait, si per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus sit vel post longum tempus venditionis peractum (*Mo.* factus sit post tempus venditione peracta), usucapi non posse, quia iuris error est.

L. 32 § 1 *ibid.* POMPONIUS l. XXXII *ad Sab.* Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere vel qui in iure erranti non procedat usucapio.

L. 2 § 15, D. *Pro emptore* 41, 4. PAULUS l. LIV *ad Ed.* Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re quam in existimatione (*Cuiacius* plus quam in re sit etc.): quodsi scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare non capies usu, quia iuris error nulli prodest.

Ai testi citati si suol anche aggiungere la L. 44 § 4 D. *De us.* 41, 3 di Papiniano, la L. 11 D. *Pro empt.* 41, 4 di Africano e la L. 5 D. *Pro suo* 41, 10 di Nerazio, nelle quali si parla di una *non levis praesumptio*, di una *iusta causa erroris* o d'un *probabilis error*.

Io non credo tuttavia che nemmeno di fronte a queste leggi si debba accettare un concetto tutto civile della *bona fides* quanto all'usucapione, ovvero disperar d'intendere il pensiero dei giureconsulti romani circa la relazione dell'errore colla *bona fides*, come fa il Pernice, il quale giunge su questo punto a un risultato meramente negativo. Io credo che non si debba esitare a sciogliere la questione come il nodo gordiano: avvertendo che sul terreno ideologico un tal modo di risolver le questioni non è per sè stesso da respingere, giacchè sovente il nodo si vede dove non c'è. La scusabilità dell'errore ha influenza sull'usucapione, non sulla *bona fides*: essa costituisce un requisito indipendente della usucapione, il quale allora s'aggiunge alla *bona fides* — sempre però senza alterarne l'essenza e condizionarne, dirò così, l'esistenza giuridica —

quando la *bona fides* sostituisce la *iusta causa*, vale a dire nel così detto titolo putativo. A differenza del Wächter io ritengo l'invasione progressiva di quelle ombre di *iusta causa*, che vanno sotto il nome generico di titolo putativo, come una vera sostituzione progressiva della *bona fides* alla *iusta causa:* è la stessa *bona fides* che è applicata sempre più largamente a integrare la *iusta causa* [1] e tende a esaurirla del tutto e usurparne il posto. E sebbene tale divergenza sembri assai lieve e praticamente nulla, pure essa ha tale importanza dommatica che mi offre per la dimostrazione dell'assunto un terreno amplissimo e solido, che il Wächter non ebbe.

Per vero a me sembra che una dimostrazione decisiva di tale asserto si ricavi sin dall'esame attento dei testi riferiti. Già nel primo di essi, L. 4 *De iuris et f.* di Pomponio, la scusabilità o inescusabilità è posta in diretto rapporto coll'usucapione, non colla *bona fides*. Nel secondo, la L. 31 *De us.*, lo stesso Pomponio, com'è a credere [2], ripete pure lo stesso principio sempre in rapporto all'usucapione e l'esempio che adduce è di un titolo putativo, l'acquisto da un pupillo, in cui l'intervento della *tutoris auctoritas* non è stato regolare, per error di diritto. Ancor più evidente per questo aspetto è l'altro frammento, così vessato, di Pomponio, la L. 32 § 1 *De usurp.*: questo giureconsulto, negando l'usucapione a chi, sia pure erroneamente, crede che la legge non gli permetta di usucapire, ne assegna due ragioni a scelta: o perchè costui non si può riguardare come un possessore di buona fede o pel motivo che l'error di diritto è d'ostacolo alla usucapione. E dovrebbe esser chiaro non solo che l'inescusabilità è di nuovo messa in rapporto esclusivamente coll'usucapione, ma che nella seconda soluzione alternativa è sottinteso precisamente: « quamvis bona fide videatur possidere ».

[1] Per me *in qualunque momento* la *bona fides* non ha che ufficio integrativo rispetto alla *iusta causa usucapionis*, poichè ritengo che questa non significhi punto il negozio d'acquisto.

[2] È una ipotesi dello Schulting fondata specialmente sull'iscrizione. L'accoglie anche il Lenel nella sua Palingenesi.

Evidentissimo infine mi sembra nella L. 2 § 15, *Pro empt.* di Paolo il parallelismo dell'*error facti* e dell'*error iuris* in ordine alla compra conchiusa con un pupillo. In entrambe le ipotesi fatte da Paolo il compratore ignora il vizio della *iusta causa*: nella prima *crede* che il pupillo sia pubere, nella seconda *crede* che i pupilli abbian facoltà d'amministrar le cose proprie senza l'*auctoritas* del tutore. Innegabilmente il giureconsulto ammette nell'un caso come nell'altro la *bona fides* del compratore: soltanto nel primo caso questi usucapisce, nel secondo no « quia iuris error nulli prodest ». Gli è questo semplicemente il motivo della decisione. D'una assurda esclusione della *bona fides* non si fa parola: ed anche qui, notisi, il caso fatto è sempre di un titolo putativo.

E per quest'ultimo riguardo, anche dove non si fanno casi speciali, come nella L. 4 *de iuris et f. ign.* e nella L. 32 § 1 *de us.* è da ammettere che s'intenda riferirsi al titolo putativo: chi parla è Pomponio, un giureconsulto che seguendo le orme di Nerazio, mostrasi fautore del titolo putativo [1]. E aggiungasi pure che la *iusta causa erroris* o il *probabilis error* sono espressioni usate nei testi di Nerazio e Africano, in cui si riconosce nella più larga misura il titolo putativo, e la non *levis praesumptio* torna in un caso in cui l'ammette Papiniano [2].

[1] Cfr. L. 3; L. 4 § 2 D. *Pro suo* 41, 10; L. 3 D. *Pro her.* 41, 52. Non contraddicono all'asserto la L. 4 D. *Pro don.* 41, 6 e la L. 29 D. *De us.* 41, 3 dello stesso Pomponio. L'usucapione ivi è negata, perchè una *iusta causa* sufficiente non v'è neppure nell'immaginazione del subbietto, o se v'è, ciò accade appunto per effetto di un errore inescusabile tipico, l'*error iuris*.

[2] Io sarei tentato pure di aggiungere in prova del mio asserto anche i passi delle *Istituzioni* e delle *Res cottidianae* di Gaio già citati: Gaio conclude che l'usufruttuario commetta furto, vendendo il parto della schiava, e quindi il compratore può usucapire: egli pero non puó usucapire. Ora ciò si spiega facilmente con dire che a lui manca lo *iusta causa usucapionis;* il possessore non ha che la mera *bona fides*. Ma Gaio mi pare che appartenga alla schiera dei giureconsulti molto remissivi in fatto di *iusta causa usucapionis:* nelle sue Istituzioni egli non ne parla, mentre insiste costantemente sulla *bona fides*, e Giustiniano è stato costretto, ricalcando Gaio, tanto a inserir qua e là menzione della *iusta causa* quanto ad aggiungere espressamente che l'*error falsae causae* non giova. Sicchè io crederei che per Gaio se l'er-

Ma una dimostrazione egualmente piena, per altro verso dell'asserto s'ha riguardando come procedan le cose in ordine alla prova. La buona fede concernente il diritto del proprio autore[1] si presume. È questa una mera *praesumptio hominis*, non già una presunzione legale. La ragione per cui si presume è l'esistenza della *iusta causa usucapionis*; chi è in rapporto con persona che rinuncia alla cosa a favor suo ha ben ragione di supporre che questa persona abbia diritto di disporre della cosa: nell'ordinamento imperfetto della proprietà romana, per quell'assenza singolare di pubblicità adeguata a uno Stato civile nelle trasmissioni dei beni, non si può esigere da lui che faccia indagini speciali per assicurarsi della proprietà, più di quel che si esiga da noi moderni circa le cose mobili. Sicchè la *iusta causa* viene in realtà fino ad un certo segno ad aver funzione di giustificar la buona fede; sebbene io la creda meramente una funzione accessoria ed eventuale, per la quale non è nata la *iusta causa* ed alla quale può esser che non basti.

Ma quando la *bona fides* estende il suo dominio a detrimento della *iusta causa* e questa, intaccata nella sua essenza, è in procinto di svanire o svanisce addirittura, allora scompare la presunzione, perchè è scomparsa la ragione della presunzione: « Qui a pupillo emit, dice Gaio, probare debet tutore auctore lege non prohibente se emisse ». Si deve allora provare di essere stati indotti in errore e di esser quindi in buona fede: « Sed et si deceptus falso tutore auctore emerit bona fide emisse videtur ».[2] Ora soltanto adunque si richiede che l'usucapiente produca un fatto concreto e serio per dimostrar la sua buona fede. Senza dubbio *anche ora* la sua buona fede non è distrutta, se questo fatto positivo costituisce un errore inescusabile; ma in compenso della *iusta causa usu-*

rore non fosse stato inescusabile esso avrebbe valso a giustificare l'usucapione anche per l'usufruttuario; ma sempre, si vede, la scusabilità dell'errore sopravviene dove la *iusta causa usucapionis* scompare del tutto.

[1] Si può in senso lato considerar come proprio autore anche il derelinquente.

[2] Gai L. 13 § 2. D. *De Publ.* 6, 2.

capionis, da cui si prescinde, è ben ragionevole di esigere che provi anche una *iusta causa erroris.*

Finalmente se consideriamo la ragione, per cui nella *bonae fidei possessio* sotto gli altri rapporti si prescinde dalla scusabilità dell'errore, ciò riesce d'una irresistibile evidenza. Se nel furto, se nella *hereditatis petitio*, se, aggiungiamo pure, nell'acquisto dei frutti si prescinde dalla scusabilità dell'errore, non può non saltare agli occhi che in tutti questi rapporti si prescinde anche dall'esistenza di una vera *causa possidendi.* Non parliamo del furto; ma nella stessa *hereditatis petitio* è manifesto che non si richiede se non una *iusta causa existimandi* per esser trattato come *bonae fidei possessor.*[1] Ora è impossibile che tra le due cose non vi sia un rapporto. L'errore scusabile, la *iusta causa erroris*, non si esige, perch'esso non serve che a sostituire la *iusta causa* esaurita dall'espandersi della *bona fides:* qui non è a parlare di *iusta causa possidendi* o *usucapionis* e quindi nemmeno si pretende una *iusta causa erroris.*

PIETRO BONFANTE.

[1] L. 20 § 6 c D. *De h. p.* 5, 3. Cfr. anche L. 33 § 1, D. *De us.* 41, 3.